

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.
LE PRÉSIDENT DE LA VI^e CHAMBRE
A R R Ê T

n^o 240.175 du 13 décembre 2017

A.221.764/VI-20.993

En cause : **la société anonyme DERRIKS,**

ayant élu domicile chez
M^e Pierre LEJEUNE, avocat,
rue des Fories 2
4020 Liège,

contre :

la commune de Morlanwelz.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 23 mars 2017, la société anonyme DERRIKS demande l'annulation :

- " - de la délibération du collège communal de Morlanwelz du 19 décembre 2016, attribuant à la société SCHEERLINCKX SPORTS le marché public de travaux «Aménagement d'un terrain de football en gazon synthétique et ses abords»;
- de la décision implicite de ne pas lui attribuer ce marché".

II. Procédure

Les droits visés à l'article 70 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat ont été acquittés.

Un mémoire ampliatif a été déposé.

M. Laurent JANS, premier auditeur au Conseil d'Etat, a rédigé un rapport sur la base de l'article 12 du règlement général de procédure, rapport concluant à l'annulation des actes attaqués.

Le rapport a été notifié à la partie adverse le 7 août 2017.

M. Laurent JANS, premier auditeur au Conseil d'État, a rédigé une note, le 16 octobre 2017, demandant que soit mise en œuvre la procédure organisée par l'article 14^{quiquies} de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État.

Par un courrier notifié le 23 octobre 2017, le greffe a informé la partie adverse que la chambre allait statuer sur l'annulation des actes attaqués à moins qu'elle ne demande, dans un délai de quinze jours, à être entendue.

Il est fait application des dispositions relatives à l'emploi des langues, inscrites au titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. Annulation des actes attaqués

Le 7 août 2017, la partie adverse a reçu le rapport du premier auditeur dans lequel l'annulation des actes attaqués est proposée. Ce rapport contient les passages suivants :

" III. Recevabilité de la requête

1. Exposé

La partie requérante expose que le rapport d'examen des offres du 30 novembre 2016 contient, par référence, la motivation de la décision et en fait partie intégrante aux termes de l'article 4 de son dispositif. Seule une lecture de l'intégralité de la décision et des pièces qui en font partie intégrante permet à un soumissionnaire évincé d'utilément se positionner par rapport à l'opportunité d'un recours. Partant, ce n'est qu'à dater de la communication de ce rapport, le 25 janvier 2017, que le délai de recours en annulation a commencé à courir. En l'espèce, elle indique que, introduit dans les soixante jours à dater du 25 janvier 2017, le recours est recevable *ratione temporis*.

Sur la décision implicite de ne pas attribuer le marché à la requérante, la partie requérante expose que à l'occasion d'un marché passé par appel d'offres ouvert, le recours introduit contre la décision implicite de ne pas attribuer le marché à un soumissionnaire est recevable lorsque celui-ci démontre à l'appui de son recours, de manière convaincante et pertinente, que le marché passé avec l'attributaire désigné par l'acte attaqué devait lui être attribué. Elle expose que, en l'espèce, l'illégalité dénoncée au premier moyen a pour conséquence d'inverser le classement des soumissions; que selon l'acte attaqué, l'écart des points entre l'attributaire et la requérante est de 1,03 point; que cet écart s'inverse dès lors que, pour le critère «garantie du revêtement synthétique», elle aurait dû obtenir une notation maximale, ayant proposé la durée de garantie la plus élevée ex aequo avec un autre soumissionnaire (10 points au lieu de 6,25 points) et l'attributaire aurait dû obtenir la notation minimale, ayant proposé la durée de la garantie la plus faible de tous les soumissionnaires.

2. Mémoire en réponse

La partie adverse n'en a pas déposé.

3. Mémoire ampliatif

La partie requérante n'amplifie pas sa requête.

4. Examen

La requête est recevable *ratione temporis*, dès lors que la partie requérante n'a eu connaissance du rapport d'examen des offres, lequel fait partie intégrante du premier acte attaqué, que le 25 janvier 2017.

La recevabilité de la requête en ce qui concerne son deuxième objet est liée à l'examen des moyens. Il sera dès lors conclu sur celle-ci à l'issue de cet examen.

La requête ne pose pas d'autre difficulté quant à sa recevabilité.

IV. Moyens

Exposé

La partie requérante soulève un premier moyen pris de la violation :

«- des articles 5 et 25 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services;

- des articles 82, 95 et 96 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques;

- du principe de transparence, d'égalité et de non-discrimination, du principe général "*patere legem quam ipse fecisti*" et du critère d'attribution "garantie proposé pour le revêtement synthétique" (CSCh, clauses administratives, p. 9);

- de l'erreur dans les motifs;

- de la violation des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs et de l'article 4 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services».

A propos du critère «garantie du revêtement synthétique», la partie requérante expose que le cahier spécial des charges précise que : «La garantie minimum est de 5 ans, dès lors, le maximum de points est attribué au soumissionnaire qui présente un délai de garantie plus élevé». En l'occurrence, la requérante a proposé une garantie de dix ans, ce qui est le délai de garantie le plus élevé de toutes les offres, ex aequo avec un autre soumissionnaire.

La partie requérante a toutefois été classée en dernière position par la partie adverse qui lui a attribué 6,25 points. Selon le rapport d'examen des offres, le critère a été évalué comme suit :

«- 5 points pour tout soumissionnaire présentant un minimum de 5 ans de garantie ;

- 5 point répartis comme suit : les firmes qui proposent elles-mêmes les garanties sont mieux cotées que celles qui mentionnent la garantie d'un tiers (fournisseurs, sous traitant). Par conséquent, les soumissionnaires ont été classés du 1er au 4ème, et ont reçu 5, puis 3,75, puis 2,5 et 1,25 points pour le moins bien classé».

Sous une première branche (modification du critère et de la méthode de notation annoncée), la partie requérante expose que la partie adverse a estimé opportun de fournir certaines indications sur le critère «garantie sur le revêtement synthétique» et sa méthode de notation dans le cahier spécial des charges. Dès lors, elle était tenue de respecter les règles qu'elle s'était fixées à elle-même. Elle ajoute que, à défaut d'annonce dans les documents du marché de sous-critères d'attribution, il n'est pas interdit à une autorité adjudicatrice de spécifier plus en détail un critère préalablement porté à la connaissance des soumissionnaires et de lui accorder une pondération. Toutefois, cette faculté ne peut être exercée qu'en respectant trois conditions :

«- la non-modification des critères d'attribution préalablement définis ;
- l'absence d'éléments qui, connus lors de la préparation des offres, auraient pu influencer cette préparation ;
- l'interdiction de prendre en compte des éléments susceptibles d'avoir un effet discriminatoire envers un des soumissionnaires».

La partie requérante estime que, en l'espèce, aucune de ces conditions n'est réunie, et étaye son propos de la manière qui suit :

i) Modification du critère et de la méthode de notation annoncée :

En raison des modifications intervenues la requérante, qui a proposé une garantie «fournisseur» de dix ans, est classée en dernière position et reçoit 6,25 points, derrière deux autres soumissionnaires ayant proposé, respectivement, 7 et 6 ans de garantie.

En dépréciant l'offre de soumissionnaires qui mentionnent la garantie d'un fournisseur et en n'appréciant le critère «garantie» sur la base du délai le plus élevé, tel qu'annoncé initialement dans le cahier spécial des charges, la partie adverse modifie le critère d'attribution et son mode de notation, viole son cahier spécial des charges et pratique une méthode de notation non transparente.

ii) Présence d'éléments qui, connus lors de la préparation des offres, auraient pu influencer cette préparation :

Les critères d'attributions doivent être rédigés de manière à ce que tout soumissionnaire raisonnablement informé et normalement soigneux soit en mesure de connaître les attentes de l'autorité et préparer son offre de la manière la plus optimale. A la lecture du cahier spécial des charges, la requérante ne pouvait que considérer que le critère «garantie» serait apprécié par rapport au délai proposé. Elle ne pouvait par ailleurs imaginer que la présence d'une garantie «fournisseurs» serait un élément dépréciant son offre, dès lors que le cahier spécial des charges invitait les soumissionnaires à joindre à leur offre «les attestations de fournisseurs garantissant éventuellement le matériel proposé».

En opérant comme elle l'a fait, la partie adverse n'a pas permis à la requérante de préparer son offre en connaissance de cause.

iii) Introduction d'un élément discriminatoire :

La partie adverse s'est également méprise en opérant une distinction entre la garantie «fournisseurs» et la garantie «soumissionnaires». En exécution de l'article 82 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, la requérante est, à titre personnel, engagée par la garantie proposée, que celle-ci figure sur le document d'un fournisseur - et, partant, ouvre droit à une action directe contre ce dernier - ou non. A défaut, l'offre de la requérante aurait été frappée d'une irrégularité substantielle, ce que, précisément, la partie adverse n'a pas décidé. En considérant que «les firmes qui proposent elles-mêmes les garanties sont mieux cotées que celles qui mentionnent la garantie d'un tiers», la partie adverse viole à nouveau son cahier spécial des charges et crée une discrimination interdite.

Sous une deuxième branche (altération de la pondération annoncée), la partie requérante mentionne qu'un critère d'attribution vise à apprécier la valeur intrinsèque des offres déposées et à permettre une comparaison objective des offres. Sa fonction première est de permettre au pouvoir adjudicateur d'opérer un choix entre les différentes offres reçues. En attribuant 5 points à tout soumissionnaire présentant un minimum de 5 ans de garantie, alors que les documents du marché exigeaient ce minimum, la partie adverse dénature la notion de critère d'attribution et altère la pondération de dix points annoncée dans les documents du marché :

- la moitié des points du critère sont consommés inutilement;
- l'attribution de points aux candidats respectant une exigence minimum ne permet pas d'opérer de classement entre les offres ;
- cette attribution se réalise sans relation avec le délai de garantie le plus élevé annoncé dans le cahier spécial des charges. Ce faisant, la partie adverse viole à nouveau son cahier des charges, pratique une méthode de notation non transparente et méconnaît l'attente légitime des soumissionnaires.

Sous une troisième branche (défaut de motivation formelle), la partie requérante fait valoir que pour satisfaire aux exigences relatives à la motivation formelle des actes administratifs, la motivation doit comporter, dans l'acte, des considérations de droit et de fait servant de fondement à la décision; la motivation doit être claire, complète, précise et adéquate afin de permettre aux intéressés – et, en cas de contestation, au juge saisi – de vérifier que la décision a été précédée d'un examen des circonstances de l'espèce. En l'espèce, en faisant sien le rapport d'examen des offres, la partie adverse adopte une motivation non adéquate en rapport avec la notation du critère «garantie» (*supra*).

La décision de ne pas retenir l'offre d'un soumissionnaire à un marché public et d'attribuer ce marché à un autre soumissionnaire n'est pas adéquatement motivée lorsqu'elle repose sur un critère d'attribution non prévu dans le cahier spécial des charges.

La partie requérante soulève un deuxième moyen pris «de la violation des articles 96 et 102 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques».

Elle expose que, au point 5 du dispositif de sa délibération du 19 décembre 2016, la partie adverse déclare fixer le délai de garantie à 120 mois.

Pourtant, selon le rapport d'examen des offres, l'attributaire a proposé un délai de garantie de six ans. En raison du principe d'intangibilité des offres, celles-ci ne pouvaient être modifiées après leur dépôt. De son côté, la partie adverse ne pouvait qu'accepter sans réserve une offre déposée. En décidant d'accepter l'offre de SCHEERLINCK tout en indiquant majorer le délai de garantie proposé, la partie adverse méconnaît les dispositions visées au moyen.

2. Mémoire en réponse

La partie adverse n'en a pas déposé.

3. Mémoire ampliatif

La partie requérante n'amplifie pas sa requête.

4. Examen

Sur le troisième critère d'attribution, litigieux, le cahier spécial des charges mentionne ce qui suit:

«Garantie proposée pour le revêtement synthétique 10 points La garantie minimum est de 5 ans, dès lors, le maximum de points est attribué au soumissionnaire qui présente un délai de garantie plus élevé».

La partie requérante a, dans son offre, proposé une garantie de 10 ans, ex aequo avec un autre soumissionnaire, les deux autres soumissionnaires ayant proposé des garanties de 7 et 6 ans (l'attributaire du marché).

Il en découle que la partie requérante aurait dû obtenir 10 points pour ce critère, alors qu'elle n'en a obtenu que 6, 25, et que l'attributaire du marché aurait dû obtenir moins de 10 points. Or, le rapport d'examen des offres mentionne ce qui suit :

«

3. GARANTIE	10 points
-------------	-----------

La garantie minimum est de 5ans, dès lors, le maximum de points est attribué au soumissionnaire qui présente un délai de garantie plus élevé

Ce critère est évalué comme suit :

- 5 points pour tout soumissionnaire présentant un minimum de 5 ans de garantie
- 5 points répartis comme suit : les firmes qui proposent elles-mêmes les garanties, sont mieux cotées que celles qui mentionnent la garantie d'un tiers (fournisseurs, sous-traitant). Par conséquent les soumissionnaires ont été classés du 1^{er} au 4^{ème}, et ont reçu 5, puis 3,75, puis 2,5 et 1,25 points pour le moins bien classé.

Enfin, certaines firmes proposent des garanties annexes (sur sous-couches, sur les équipements, ...); pour permettre la comparaison, il n'en a pas été tenu compte, et seules les garanties concernant la résistance au vieillissement des surfaces a été considérée».

Au regard de ces explications, le même rapport note les offres de la manière suivante :

«

GARANTIE			
FIRME	DETAIL	CLASSEMENT	POINTS
SPORTINFRABOUW NV	10 ans de garantie à 100 %, par SPORTINFRABOUW NV	1 ^{er}	10 pts
DERRIKS SA	10 ans à 100 % donné par le fournisseur EDBL GRASS	4 ^{eme}	6,25 pts
KRINKELS SA	7 ans de garantie à 100 % donnée KRINKELS SA	2 ^{eme}	8,75 pts
SCHEERLINCK NV	6 ans de garantie à 100 % donnée conjointement par l'entrepreneur et LANO	3 ^{eme}	7,5 pts

».

Au total, les offres obtiennent les notes suivantes :

«

Le résultat final reprenant les 5 critères s'établit dès lors

TOTAL				
	SPORTINFRABOUW NV	DERRIKS SA	KRINKELS SA	SCHEERLINCK NV
Montant de l'offre	30,47	40	35,18	37,54
Caractéristiques du revêtement	24,70	20,71	21,48	24,55
Garantie	10	6,25	8,75	7,5
Délais	5,7	10	5,2	5,7
Entretien	8	6,36	3,71	9,06
TOTAL	78,87	83,32	74,32	84,35
Classement				

».

Le recours à des sous-critères d'attribution n'est pas en soi prohibé pour autant que les principes d'égalité de traitement et de transparence soient respectés. A défaut d'annonce dans les documents du marché de sous-critère d'attribution, il n'est pas interdit à une autorité adjudicatrice de spécifier plus en détail un critère préalablement porté à la connaissance des soumissionnaires et de lui accorder une pondération. Il faut toutefois que ces sous-critères d'attribution correspondent en substance aux critères connus des soumissionnaires et répondent à trois conditions, étant, la non-modification des critères d'attribution préalablement définis, l'absence d'éléments qui, connus lors de la préparation des offres, auraient pu influencer cette préparation, et que la détermination n'ait pas été adoptée en prenant en compte des éléments susceptibles d'avoir un effet discriminatoire envers un des soumissionnaires.

En modifiant le troisième critère d'attribution au stade de l'examen des offres, et en le subdivisant en deux sous-critères d'attribution, la partie adverse n'a pas respecté les exigences liées à l'introduction d'un sous-critère d'attribution après le dépôt des offres, la référence à l'origine de la garantie (soumissionnaire ou tiers) apparaissant pour la première fois dans le rapport d'attribution des offres. La dévolution de la moitié des points du critère d'attribution (soit cinq sur les dix) à ce nouveau sous-critère entraîne la modification du critère d'attribution préalablement défini, celui-ci se limitant à la durée de la garantie, constitue un élément qui, connu lors de la préparation des offres, aurait pu influencer cette préparation. Au reste, sa détermination, après l'ouverture des offres, a pu être

adoptée en prenant en compte des éléments susceptibles d'avoir un effet discriminatoire envers un des soumissionnaires.

Partant et dans la limite de l'examen qui précède, les deux premières branches du premier moyen sont fondées.

La troisième branche du premier moyen n'apparaît en revanche pas fondée dans la mesure où le premier acte attaqué et le rapport d'attribution qui en fait partie intégrante exposent de manière adéquate les motifs pour lesquels la partie adverse a noté de la manière dont elle l'a fait les offres au regard du troisième critère d'attribution, la partie requérante critiquant d'ailleurs, dans les deux premières branches du moyen, de manière utile et en connaissance de cause les éléments contenus dans la motivation.

Il n'y a pas lieu d'examiner le deuxième moyen qui ne conduirait pas à une annulation plus étendue des actes attaqués.

Sur l'intérêt à l'annulation du deuxième acte attaqué, le Conseil d'Etat a déjà décidé que si, en règle générale, la décision d'attribution fait apparaître, *ipso facto*, que le marché litigieux n'est pas accordé aux autres soumissionnaires, de sorte que la censure éventuelle de cette décision d'attribution affecte nécessairement le refus implicite d'attribuer le marché à d'autres candidats ou soumissionnaires, il n'en reste pas moins qu'un candidat ou soumissionnaire malheureux peut obtenir la censure du refus implicite -résultant de l'attribution- de lui attribuer l'avantage en cause, s'il démontre, de manière convaincante et pertinente, que le marché passé avec un tiers devait lui être attribué.

En l'espèce, il résulte de l'examen des deux premières branches du premier moyen que la partie requérante aurait dû obtenir dix points pour le troisième critère d'attribution. Partant, et même à considérer que l'attributaire du marché aurait dû obtenir le même nombre de points pour ce critère, l'offre de la partie requérante dont la notation finale n'est inférieure à celle de l'attributaire que de 1,03 points, aurait dû être la première classée, avec le maximum de points, les deux offres devant en effet obtenir après correction (rehaussement de 3,75 points pour l'attributaire du marché et de 2,5 points pour la partie requérante) les notes suivantes:

86,85 (SCHEERLINK NV) et 87,07 (DERRIKS SA).

Il en résulte que la partie requérante a intérêt à l'annulation des deux actes attaqués".

L'article 30 des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, dispose, en son paragraphe 3, que la section du contentieux administratif peut annuler l'acte ou le règlement si la partie adverse ou celui qui a intérêt au règlement du litige n'introduit aucune demande de poursuite de la procédure dans un délai de trente jours à compter de la notification d'un rapport concluant à l'annulation.

La partie adverse n'a pas réagi dans le délai imparti et n'a pas demandé à être entendue. Aucune raison n'apparaît de s'écarter du rapport du premier auditeur. Il y a donc lieu d'annuler les actes attaqués.

IV. Indemnité de procédure et dépens

Dans son mémoire ampliatif, la partie requérante demande de condamner la partie adverse aux dépens, en ce compris l'indemnité de procédure de 700 euros.

La partie adverse ne faisant pas état – et le Conseil d'État n'apercevant pas – d'élément de nature à justifier la réduction du montant réclamé, il y a lieu de faire droit à la demande de la partie requérante.

**PAR CES MOTIFS,
LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :**

Article 1^{er}.

La délibération du collège communal de Morlanwelz du 19 décembre 2016 attribuant à la société SCHEERLINCKS SPORTS le marché public de travaux ayant pour objet l'"Aménagement d'un terrain de football en gazon synthétique et ses abords" et la décision implicite qui en découle de ne pas attribuer ce marché à la société DERRIKS sont annulées.

Article 2.

Une indemnité de procédure de 700 euros est accordée à la partie requérante, à charge de la partie adverse.

Les autres dépens, liquidés à la somme de 200 euros, sont également mis à charge de la partie adverse.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le treize décembre deux mille dix-sept par :

MM. Imre KOVALOVSKY,	président de chambre,
Vincent DURIEUX,	greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Vincent DURIEUX.

Imre KOVALOVSKY.